2
Auteurscontractenrecht

Aan de orde is de behandeling van:
- **het wetsvoorstel Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet auteurscontractenrecht) (33308).**

De **voorzitter**:
Ik heet de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van harte welkom in de Eerste Kamer.

De beraadslaging wordt geopend.

☐

Mevrouw **Duthler** (VVD):
Hartelijk dank, mevrouw de voorzitter. De leden van de VVD-fractie hebben afgelopen vrijdag kennisgenomen van de nota naar aanleiding van het verslag. Zij begrijpen dat de regering de behandeling van dit wetsvoorstel zo spoedig mogelijk afgerond wil zien. Ook het veld heeft de afgelopen weken via allerlei kanalen behoorlijke druk uitgeoefend om het wetsvoorstel te hameren, zoals dit heet.

De VVD-fractie heeft hier weliswaar begrip voor, maar zij zit nog met twee prangende vragen. Dat komt doordat dit wetsvoorstel is geschreven voor zowel de creatieve kunstensector als de creatieve commerciële sector al is een waterdichte scheiding tussen beide natuurlijk niet te maken is. In de creatieve kunstensector is, of kan vaak sprake zijn van een onevenwichtige verhouding tussen twee partijen: de maker en de exploitant. In de creatieve commerciële sector is van zo'n onevenwichtige relatie juist vaak geen sprake en is er geen noodzaak een bepaalde partij instrumenten in handen te geven die strijdig zijn met de uitgangspunten van ons Burgerlijk Wetboek, meer in het bijzonder van ons contractenrecht. Ik licht dat toe.

De zogenaamde bestsellersbepaling van artikel 25d van het wetsvoorstel geeft een maker van een werk het recht om een aanvullende billijke vergoeding te eisen op het moment dat de contractueel overeengekomen vergoeding, gelet op de wederzijdse prestaties, een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. Dat recht heeft de maker zelfs ten opzichte van een derde aan wie de wederpartij van de maker het werk vervolgens heeft overgedragen. Zoals de staatssecretaris in de nota naar aanleiding van het verslag schrijft, geldt deze bepaling niet voor software die door een werknemer in dienstverband is gemaakt. De auteursrechten liggen in zo'n geval bij de werkgever. Ook geldt deze bepaling niet voor software die in opdracht wordt gemaakt; de auteursrechten liggen in zo'n geval bij de opdrachtgever.

In andere situaties kan de bestsellersbepaling niet bij overeenkomst buiten toepassing worden verklaard. En het gaat de VVD-fractie nu net om die andere situaties. Andere situaties die namelijk denkbaar zijn, zijn die van softwareontwikkelaars die software in een eenmanszaak maken of in een maatschap, anders in ieder geval dan in opdracht. Zij doen dit bijvoorbeeld met het doel deze te verkopen aan andere partijen in een keten of deze zelf te exploiteren.

Stel dat deze softwareontwikkelaars een prachtig product hebben ontwikkeld dat zij willen exploiteren via het verstrekken van licenties, maar het lukt hen op de een of andere manier niet om dat zelf te doen. Zij willen geen samenwerking aangaan met een andere partij die daartoe betere papieren heeft, maar zij willen bijvoorbeeld wel de software verkopen aan een andere partij. Een reden daarvoor kan zijn dat zij de bijbehorende risico's en/of investering niet willen of kunnen dragen. Met de bestsellersbepaling van het voorgestelde artikel 25d kunnen zij dan, als de exploitatie achteraf succesvol blijkt te zijn, een beroep doen op een aanvullende billijke vergoeding.

Dit blijft mijns inziens een lastige. Juist innovatie en productieontwikkeling in de ICT-sector zoals die van software, vinden vaak plaats door zogenaamde start-ups die meestal gewoon beginnen en nog niet toe zijn aan het oprichten van een rechtspersoon. Boven de kopers van deze software als ook boven de derde verkrijgenden blijft dan als een zwaard van Damocles hangen dat de maker achteraf nog een aanvullende billijke vergoeding kan vragen. Dit is onwenselijk. Het is bovendien in strijd met het principe van rechtszekerheid en het vrijemarktprincipe waarbij ondernemersrisico nu eenmaal hoort. Uit de nota naar aanleiding van het verslag blijkt dat het voorgestelde artikel 25d van dwingend rechtelijke aard is en dat daarom in een overeenkomst niet van deze bepaling kan worden afgeweken.

De staatssecretaris stelt dat in de ICT-sector veel minder sprake zal zijn van een ernstige onevenredigheid tussen de creatieve prestaties van een maker en het commerciële succes van een werk. Hij licht dit toe met de stelling dat bij het succes van computerprogramma's veeleer de niet-auteursrechtelijke beschermde technische functionaliteit en de kwaliteit van de service en het onderhoud een grote rol spelen. De VVD-fractie deelt die visie niet. Met technische functionaliteit en de kwaliteit van de service en het onderhoud onderscheiden ICT-bedrijven zich nu juist niet. De kwaliteit van service en onderhoud is niet zo uniek en niet doorslaggevend voor commercieel succes. Het is een noodzakelijke voorwaarde voor succes, maar dat is niet voldoende. Het zijn juist de functionele specificaties die het succes van een softwareproduct bepalen en die auteursrechtelijk beschermd zijn.

Dit alles stelt de VVD-fractie voor een dilemma.

Mevrouw **Gerkens** (SP):
Mevrouw Duthler zegt dat service en technische specificaties niet uitmaken voor softwarebedrijven, maar volgens mij is dat nu juist het principe waarop open source software is gebouwd. Je geeft een broncode vrij en iedereen mag eraan werken, maar je verdienmodel ligt juist in het leveren van de service. Ik ben het niet met mevrouw Duthler eens dat het leveren van die service niet onderscheidend is. Bij blunders met ICT-projecten zien wij juist vaak dat die service niet klopt. Ik zou graag willen dat mevrouw Duthler daar nog eens naar kijkt met het oog op open source software.

Mevrouw **Duthler** (VVD):
Bij open source software gaat het vaak om de bescherming van de broncode en de functionele specificaties. Met mijn

opmerking over de technische specificaties en de kwaliteit van onderhoud en service wijs ik erop dat dit noodzakelijke voorwaarden zijn, want als de kwaliteit slecht is, een systeem traag werkt of er meer dan 5% downtime is, is er bepaald geen sprake van een succes. Het zijn echter noodzakelijke voorwaarden om een app bijvoorbeeld succesvol te laten exploiteren, maar dat is niet voldoende. Daarvoor zijn die functionaliteiten, die uit het creatieve brein van een maker ontspruiten, wel bepalend. Daarom maak ik een verschil tussen noodzakelijke voorwaarden en voldoende voorwaarden.

Mevrouw **Gerkens** (SP):
volgens mij kom je dan heel dicht bij de discussie van softwarepatenten. Wat is dan een noodzakelijke of voldoende voorwaarde? Moet een handigheidje dat een softwarebouwer heeft gemaakt en dat voor veel meer functionaliteiten goed zou zijn — ik verwijs als voorbeeld naar het dubbel klikken met de muis — auteursrechtelijk beschermd worden? Ik snap de opmerking van mevrouw Duthler, maar het is naar mijn mening ingewikkelder dan zij nu stelt.

Mevrouw **Duthler** (VVD):
Misschien mag ik daar nog een kleine opmerking over maken? Ik wijs op de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten die wij plakken op werken die wij toepassen in de ICT-sector. Software is vaak auteursrechtelijk beschermd dan wel wordt vrijgegeven op voorwaarden van open source software. Je kunt er ook een octrooi of patent voor aanvragen. Er kunnen dus verschillende etiketten uit dat intellectueel eigendomsrecht worden geplakt op de producten uit de ICT-sector. Wij spreken nu over het auteurscontractenrecht en dan heb ik het over de werken die auteursrechtelijk zijn beschermd, dus niet over producten waarvoor je een octrooi zou kunnen aanvragen of waarvoor je anderszins intellectuele bescherming zou kunnen vragen. Het gaat mij alleen maar om die werken die auteursrechtelijk beschermd zijn en dan gaat het vaak over de functionele specificaties van software of apps. Die apps worden nu eenmaal ontwikkeld en vaak met succes. Ik heb overwogen om ook de complexiteit van de open source software erin te brengen, maar uiteindelijk heb ik die buiten beschouwing gelaten.

De VVD-fractie ziet zich voor een dilemma gesteld. Het "gat" in de wetgeving is aan de ene kant te klein om het wetsvoorstel daarom tegen te houden. Aan de andere kant is het niet ondenkbaar dat het effect is dat softwareontwikkelaars geen rechtspersoon oprichten, maar zich organiseren als eenmanszaak of maatschap. In dat geval zijn zij in de positie om achteraf een aanvullende billijke vergoeding te vragen als de exploitant een commercieel succes van hun software blijkt te maken. De staatssecretaris heeft in zijn nota naar aanleiding van het verslag aangegeven dat in de aan de Tweede Kamer toegezegde evaluatie de gevolgen van de inwerkingtreding voor de softwarebranche zullen worden betrokken. Dat biedt mogelijk een haakje om de behandeling van dit wetsvoorstel vandaag toch af te kunnen ronden.

Ik vraag de staatssecretaris of hij bereid is om het door mij geschetste mogelijke effect in de evaluatie te betrekken en de wet aan te passen als uit de evaluatie mocht blijken dat het door de VVD-fractie geschetste effect daadwerkelijk optreedt. Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit het feit dat de arbitrages of rechtszaken over specifiek dit onderwerp aanhangig zijn gemaakt. Het kan ook dat een opvallend aantal softwarebedrijven zich niet meer organiseert in een vennootschap, maar de vorm van een eenmanszaak of een maatschap blijft houden. Dat kan weer afgeleid worden uit de ledenadministratie van een brancheorganisatie. Is de staatssecretaris daartoe bereid als mogelijke oplossing van het geschetste dilemma? Wil hij kijken wat de effecten van dit wetsvoorstel zijn voor de organisatie van softwarebedrijven en nagaan of het door mij geschetste effect merkbaar is?

De **voorzitter**:
Ik zie dat de staatssecretaris meteen kan antwoorden.

☐

Staatssecretaris **Dijkhoff**:
Voorzitter. Het is prettig dat wij dit wetsvoorstel vandaag kunnen behandelen. Ik heb gehoord welk dilemma mevrouw Duthler namens de VVD-fractie heeft geschetst. Ik kan mij dat ook goed voorstellen. Er is de vrijheid van contractrecht waarbij je ervan uitgaat dat je allemaal groot en sterk bent en afspraken kunt maken. Daarnaast moet je je realiseren dat niet iedereen in de samenleving een gelijke positie heeft. Er is een soort asymmetrie. De wet moet ook voorzien in de bescherming tegen ongewenste effecten van die asymmetrie bij het sluiten van contracten.

Met het artikel waar het om gaat, proberen wij tegemoet te komen aan het feit dat iemand tekort gedaan wordt omdat zijn werk tot een veel groter succes blijkt te leiden dan werd aangenomen. Dit succes moet dan ook echt te koppelen zijn aan het werk. Wij willen dit tekort ondervangen. Dit kan in alle sectoren voorkomen, maar niet in iedere sector even vaak, zoals mevrouw Duthler terecht opmerkte. Wij hebben geen categorische uitsluiting. Naar mijn stellige overtuiging hebben wij een voorstel waarin aan alle nuances recht gedaan kan worden. Als iets naderhand een groter succes blijkt te zijn, is er de mogelijkheid om een claim in te dienen. Dat leidt echter niet automatisch tot het honoreren van die claim.

Er zal natuurlijk rekening gehouden worden met wat er gebeurt tussen het maken van de afspraak en het succes waarvan een van de degenen die de afspraak gemaakt heeft, denkt dat dat toch niet helemaal de bedoeling was. Als hij dat geweten had, had hij die afspraak niet gemaakt. In hoeverre heeft de exploitant alles te danken aan het werk of zijn er heel veel inspanningen verricht om het werk aan de man te brengen? In hoeverre is het briljante idee voor de software doorslaggevend geweest? Een briljante app zonder serverruimte zal niet meer werken bij meer dan vijftig gebruikers. Dan worden er ook geen nieuwe gebruikers aangetrokken en dat staat het succes in de weg. Andersom zal een enorme capaciteit aan serverruimte zonder goede software ook niet tot iets leiden. Beide voorwaarden zijn noodzakelijk voor succes, maar eigenstandig zijn zij daarvoor niet genoeg.

Dat in die branche starters of anderen die met softwareontwikkeling bezig zijn niet overgaan tot het aangaan van een rechtspersoonlijkheid, is niet ondenkbaar, zoals mevrouw Duthler zegt. Het is echter geen bedoeld effect van deze wetsbepaling. Het is een onbedoeld neveneffect dat kan

optreden. Ik ben daar minder bang voor omdat wij zien dat veel start-ups om heel andere redenen overgaan tot het aangaan van een rechtspersoonlijkheid. Mocht dat al niet gebeuren om de genoemde reden en het beroep op de bestsellerbepaling leidt tot een claim, dan is het nog niet gezegd dat die claim gehonoreerd wordt. Als het zich voordoet, is het een onbedoeld neveneffect. Het is ook ongewenst dat mensen vanwege deze bepaling langer dan noodzakelijk andere risico's nemen omdat zij geen rechtspersoonlijkheid aangaan. Wij zullen die zeker bij de evaluatie in de gaten houden. Die toezegging doe ik graag. Als uit de evaluatie blijkt dat dit een verstorend effect heeft, zullen wij daarop anticiperen en kijken hoe wij dat kunnen tegengaan. Die toezegging doe ik graag. Ik hoop met mijn inbreng een nuancering te hebben aangebracht ten aanzien van de mate waarin dit zeker niet ondenkbare gevolg zich zal voordoen.

☐

Mevrouw **Duthler** (VVD):
Voorzitter. De VVD-fractie is verheugd dat de staatssecretaris bereid is om deze toezegging te doen. Ik wil daarbij nog wel het volgende opgemerkt hebben. De bestsellersbepaling leidt niet automatisch tot het toekennen van een vordering, maar het feit dat die mogelijkheid bestaat, brengt rechtsonzekerheid met zich. In het economisch verkeer tussen bedrijven kan dit leiden tot negatieve effecten. De financiering kan een probleem zijn omdat banken niet voldoende zekerheid hebben over de waarde van hun assets. Ook kunnen andere partijen vanwege die bepaling niet bereid zijn om zaken te doen.

Ik begrijp dat de staatssecretaris het "probleem" onderkent. Het moet nog blijken hoe groot het probleem is. Hij is bereid om dit mee te nemen in de evaluatie. Wanneer voorziet hij die evaluatie? Mocht het nodig blijken te zijn, is hij bereid om de wet op dit punt aan te passen?

De **voorzitter**:
De staatssecretaris is wederom in staat om meteen te antwoorden.

☐

Staatssecretaris **Dijkhoff**:
Voorzitter. Het door mevrouw Duthler genoemde effect kan zich voordoen. Mensen die vaak in een bepaalde branche investeren, hebben tevoren standaardeisen, ook op het gebied van rechtspersoonlijkheid. Een partij kan echter niet puur voor het omzeilen van de bepaling eisen dat een rechtspersoonlijkheid wordt aangegaan. Dat zou niet op die manier te omzeilen moeten zijn.

Het zal enige tijd duren voor wij de ontwikkelingen goed kunnen monitoren, vooral op dit punt. Wij kunnen niet na een aantal maanden al evalueren. Na enige jaren kunnen wij enige resultaten zien en kunnen wij een eerste tussenevaluatie geven. Daar is zeker drie jaar voor nodig. Wij zullen die tussenevaluatie naar beide Kamers sturen. De twee elementen die door beide Kamers zijn gevraagd zullen wij daar integraal in opnemen.

Mevrouw **Duthler** (VVD):
De staatssecretaris zegt dat we minimaal drie jaar nodig hebben. Dat snap ik, want anders kun je de effecten niet goed meten. Maar we hebben nog geen maximum afgesproken. Ik stel voor om de termijn te stellen tussen de drie en de vijf jaar. Dan hebben we in ieder geval een smart meetpunt.

Staatssecretaris **Dijkhoff**:
Dat lijkt me smart. Dus dat doen we.

De **voorzitter**:
Dit was het slot van uw antwoord in tweede termijn?

Staatssecretaris **Dijkhoff**:
Ja.

De **voorzitter**:
Dank u wel.

De beraadslaging wordt gesloten.

De **voorzitter**:
Het wetsvoorstel wordt zonder stemming aangenomen.

De vergadering wordt enkele ogenblikken geschorst.